

מדינת ישראל
משרד המשפטים

פרקליטות המדינה
המחלקה לאכיפת דיני מקרקעין
תאריך: כ"ו טבת תשע"א
02 ינואר 2011
תיק: 799-10-2008-002391

אל: תובעי הוועדות המקומיות לתכנון ולבנייה
התובעים מטעם המדינה בעבירות תכנון ובנייה

לתובעים שלום,

**הנדון: הנחייה – מדיניות התביעה בעניין הגשת כתבי אישום בעבירה של שימוש
שלא כדין, המתבצע בבניה שלא כדין שהתיישנה ולא טופלה במועד, כשהשימוש
המבוצע בפועל תואם את השימוש המותר על פי התכנית החלה**

עניינה של הנחייה זו הוא מדיניות התביעה בכל הנוגע להגשת כתבי אישום בעבירה של שימוש שלא כדין לפי סעיף 204(א) לחוק התכנון והבנייה, בגין שימוש המתבצע בבניה שלא כדין שהתיישנה, כשהשימוש המבוצע בפועל, תואם את השימוש המותר על פי התכנית החלה. למשל: שימוש למגורים בתוספות בנייה שלא כדין שהתיישנו לבתי מגורים, באיזורים המיועדים למגורים; שימוש מסחרי בתוספות בנייה שלא כדין שהתיישנו לבתי עסק, באיזורים המיועדים למסחר וכיו"ב.

ראינו לנכון לפרסם הנחייה זו בעקבות שאלות שהופנו וחוסר אחידות שהתגלתה בנושא זה, והיא מהווה, למעשה, ריכוז ורענון של ההנחיות שניתנו בעניין זה בעבר.

הרקע הנורמטיבי - כללי

1. כל שימוש בבניה שלא כדין הוא לעולם בלתי חוקי. עצם היות הבניה שלא כדין, הופכת כל שימוש הנעשה בה לשימוש שלא כדין. זאת, משום ששימוש במבנה הינו מותר אך ורק כאשר השימוש נעשה בתוך המסגרת החוקית. במילים אחרות, שימוש במבנה הוא כדין, רק אם המבנה נבנה כדין והשימוש הנעשה בו בפועל תואם את השימוש שנקבע לאותו מבנה בהיתר הבנייה. שימוש המתבצע במבנה שאינו חוקי, ושממילא לא נקבע לו ייעוד בהיתר, מהווה עבירה פלילית, גם אם השימוש הנעשה בפועל תואם את ייעוד הקרקע על פי התכנית החלה (רע"פ 727/08, 924/08 גוטליב ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים (נבו), והאסמכתאות שם).

שימוש התואם תוכנית, בבניה שלא כדין שהתיישנה, הוא אחד מסוגי עבירות השימוש שלא כדין. ייחודו הוא בכך שהשימוש המבוצע בפועל תואם את ייעוד המקרקעין על פי התכניות החלות, וזאת להבדיל מסוגי שימושים שלא כדין אחרים, שעניינם שימוש שאינו תואם תכנית או שאינו תואם היתר.

2. ככלל, במקרים של שימוש בבניה בלתי חוקית שהתיישנה, עומדת לתביעה אפשרות לנקוט מספר הליכים, כולם או מקצתם:

- (א) בקשה למתן צו הריסה ללא הרשעה לפי סעיף 212 לחוק התכנון והבנייה (אם מתקיימים התנאים לכך);
- (ב) הגשת כתב אישום לפי סעיף 204(א) או (ב) לחוק, בגין עבירה של שימוש שלא כדין במסגרתה ניתן יהיה לבקש מבית המשפט להורות גם על הריסת הבנייה הבלתי חוקית (לסמכות התביעה לבחור בין שני הליכים האמורים (רע"פ 9908/08, גלאגל ואח' נגד הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים). במקרים המתאימים ניתן יהיה לבקש להוציא צו הריסה לפי סעיף 212 לצורך הריסה מיידית, ובנוסף להגיש כתב אישום בעבירת שימוש שלא כדין לפי סעיף 204).
- (ג) בקשות להפסקת שימוש מכוח סעיף 239 ובקשות רלבנטיות נוספות, לפי העניין.

3. כאמור לעיל, עניינה של הנחייה זו הוא אך ורק השיקולים לנקיטת הליך פלילי בגין עבירת שימוש שלא כדין, לפי סעיף 204(א) לחוק, המבוצע בבניה שלא כדין שהתיישנה, בנסיבות בהן השימוש המבוצע בפועל תואם את ייעוד המקרקעין.

כך, הנחייה זו אינה מתייחסת לשיקולים לנקיטת הליכים לפי סעיף 212 לחוק התכנון והבנייה בעניין בניה שהתיישנה. כמו כן, עניינה אינו מקרים של שימוש שאינו תואם את התכנית החלה או את ההיתר, שאז, אם הוא מתבצע בבניה שלא כדין, יש בכך נסיבה נוספת לחומרה, וככלל, קיים עניין לציבור באכיפת הדין.

עניינה של הנחיה זו אף אינו מקרים בהם בוצעה אכיפה בתוך תקופת ההתיישנות, אך ביצוע הצווים לא נאכף – שאז יש לנקוט הליכים בגין אי קיום צו ובמקרים בהם מבוצע גם שימוש שלא כדין – לנקוט, בנוסף, גם הליכים בגין שימוש שלא כדין. הנחייה זו מתייחסת אפוא רק לשימושים התואמים את התכניות החלות אך הם מבוצעים במבנים שנבנו שלא כדין ושבנייתם התיישנה.

בחינת ה"עניין לציבור" בנקיטת הליכים בגין שימוש בבניה שלא כדין שהתיישנה

4. נקודת המוצא למדיניות התביעה היא שקיימות לא מעט עבירות בניה בלא היתר שלא נאכפו בזמן אמת, בתוך תקופת ההתיישנות, ואף לא שנים רבות לאחר מכן, שהשימוש הנעשה בהן בפועל תואם את ייעוד המקרקעין על פי התכניות החלות. במקרים רבים, חלוף הזמן כשלעצמו משליך על מידת העניין לציבור בנקיטת הליכי אכיפה לפי פרק י' לחוק התכנון והבניה בכלל, ובעבירה של שימוש שלא כדין לפי סעיף 204, בפרט. לפיכך, נקיטת הליך פלילי בגין שימוש שלא כדין בבניה שלא כדין שהתיישנה, במיוחד מקום שהשימוש המבוצע בה בפועל תואם את ייעוד הקרקע ואת אופייה של הסביבה, צריך שיעשה בזהירות ובשום שכל, במקרים המתאימים בלבד.
5. ככל שחלף זמן רב יותר ממועד התיישנות הבניה, וככל שהשימוש המבוצע בפועל מתיישב, מבחינת מהות והיקף, עם השימוש המותר, נקיטת הליכים פליליים בגין עבירת השימוש תיעשה רק במקרים בהם קיימים היבטים נוספים בעלי משקל, המקימים עניין לציבור בנקיטת הליך פלילי.
6. בחינת העניין לציבור במקרים מהסוג הנדון תיעשה בהתאם לאמות המידה הכלליות הנוהגות בתחום התכנון הבנייה. להלן שיקולים שיש לשקול לבחינת קיומו של עניין לציבור בהגשת כתב אישום בעבירה של שימוש שלא כדין במקרה מסויים (**רשימה לא ממצה**):
- (1) **היקף הבניה** – ככל שהיקף הבניה שלא כדין גדול יותר – גם אם הוא תואם את התכנית החלה, קיים עניין רב יותר לציבור באכיפה.
- (2) **סוג הבניה** – ככל שמדובר בבניה קשיחה, העניין לציבור באכיפה רב יותר (להבדיל מבניה קלה באופייה, כגון פרגולה, גדר לא גבוהה, מחסן קטן בחצר וכיו"ב);
- (3) **מידת הפגיעה התכנונית** – בניה באזורים שאין בהם תכנית מפורטת, בניה בהיקפים גדולים מאלה המותרים על פי התכנית החלה, בניה שלא על פי עקרונות התכנית החלה (למשל – חריגה במספר הקומות, בשטחן וכיו"ב), בניה בניגוד להוראות נספח הבינוי, בניה היוצרת מפגע אסתטי או אחר שמשנה את אופיו של האיזור וכיו"ב, הם שיקולים כבדי משקל, שיביאו בד"כ למסקנה כי קיים עניין לציבור באכיפת הדין;
- (4) **מידת הפגיעה בסביבה** – שימוש היוצר מטרד משמעותי ליחיד או לרבים.
- (5) **חלוף הזמן מעת ביצוע עבירת הבניה ומשך תקופת השימוש** – יכול להפחית את העניין לציבור באכיפה ויכול להגביר אותה, הכל על פי כלל נסיבות המקרה. ככלל, ניתן להניח שככל שחלף זמן רב יותר ממועד הבנייה וככל שאותו שימוש שלא כדין ממושך יותר, פוחת העניין לציבור באכיפה. ואולם, מקום שמדובר בעבירה בהיקף משמעותי, חלוף הזמן הרב והשיקול שלא יצא החוטא נשכר עשויים להקים עניין ציבורי רב באכיפה.

- (6) **הזיקה שבין המשתמש בפועל למבצע עבירת הבנייה בלא היתר** – מקום שהבונה שלא כדין הוא גם המשתמש בפועל, קיים עניין רב יותר בנקיטת הליכים;
- (7) **הנסיבות בהן בוצעה הבניה** – בין היתר יש לבחון האם הבניה בוצעה תוך כדי הפרת צווים מנהליים או שיפוטיים (העלמת עין או אף עידוד מצידן של הרשויות בעת ביצוע העבירה – עשויים לשמש כנימוק לקולא או כנימוק לחומרה, על פי כלל הנסיבות);
- (8) **מהות השימוש המבוצע בפועל** – שימוש מסחרי או אחר לצורך הפקת רווח כלכלי יקים, בדרך כלל, עניין לציבור באכיפה (ובכלל זה בניה שלא כדין למגורים המשמשת להשכרה וכיו"ב). בניה פעוטה המשמשת למגורים של החשוד, מפחיתה, בדרך כלל, את העניין לציבור בנקיטת הליכי אכיפה);
- (9) **נסיבות גילוי העבירה** – במקרים רבים אכיפה יזומה של הוועדה באיזור מסויים (שכונה, ציר תנועה וכיו"ב; ובמקרים מסויימים אף לגבי מבנה מסויים) (למשל מבנה לשימור), שתכליתה איתור עבירות בניה (ובכלל זה לצורך בחינת משמעותן ואפשרות הכשרתן בדיעבד, במסגרת הסדרה כללית של אזור/שכונה וכיו"ב), יכולה ליצור עניין לציבור בנקיטת הליך בעבירת שימוש, גם אם מדובר בעבירות שכל אחת מהן כשלעצמה לא היתה יוצרת עניין לציבור בנקיטת הליכים. מאידך, גילוי מקרי של עבירה, למשל בעקבות פעילות וולנטרית של העבריין להכשרת הבניה עשויה להפחית את מידת העניין לציבור בנקיטת הליכים;
- (10) **מיהות החשוד מבצע העבירה** (לחומרה: נבחר ציבור, עובד ציבור);
- (11) מידת הפגיעה שיש בהמשך השימוש שלא כדין בשלטון החוק ובאמון הציבור במערכות אכיפת החוק.

מתן הזדמנות להכשיר את העבירה

7. ככלל, במקרים מהסוג האמור, ככל שהבניה מתיישבת עם התכנית החלה וככל שמדובר בהליך הכשרה "פשוט", כגון הוצאת היתר או אף, לעיתים, בקשה להקלה – יש מקום לשקול לאפשר לחשוד הזדמנות להכשיר את העבירה בתוך פרק זמן סביר, בטרם הגשת כתב אישום. מקום שהכשרת העבירה כרוכה בצורך ליזום תכנית חדשה יש לבחון את כלל נסיבות המקרה המסויים. בין היתר את המגמה התכנונית ואת סיכויי התכנית להתקבל; את הסיבות לחלוף הזמן וההמנעות מאכיפה עד אותו שלב; את דבר קיומן של תכניות תלויות ועומדות שתאפשרנה את ההכשרה והסיבות לעיכוב באישורן; התנהלות מוסדות התכנון בעניין הנדון וכיו"ב שיקולים, הכל בשים לב לאינטרס שמירת שלטון החוק ומניעת עידוד עבריינות.

אישור המחלקה מראש להגשת כתב אישום


8. בהמשך להנחיות הקודמות שניתנו בעניין זה, ובין היתר כדי להבטיח יישום הנחייה זו באופן מושכל ומתואם בכל הארץ, הרי שלעת הזו ועד להודעה אחרת תעמוד בתוקפה ההנחייה החלה, לפיה על תובע המבקש להגיש כתב אישום בעבירת שימוש שלא כדין בבניה שלא כדין שהתיישנה, לקבל את אישור המחלקה **מראש ובכתב**. לצורך זה על התובע להגיש בקשה כתובה שתפרט את הנימוקים להגשת כתב האישום בהתאם לאמות המידה האמורות ותוך ציון מדיניות האכיפה הנוהגת בוועדה בסוג זה של מקרים, בצירוף טיוטת כתב האישום. כן ניתן לבקש אישור כללי לנקיטת הליכים במקרים של אכיפה יזומה במקרים מהסוג האמור בסעיף 6(9) לעיל.

ענישה

9. במסגרת הטיעון לעונש בגין שימוש שלא כדין בבניה שלא כדין שהתיישנה על התביעה לבקש הטלת צו להריסת הבניה שלא כדין בנוסף לענישה כלכלית מתאימה (רע"פ 3162/10, עאדל פואד יאסין נגד הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה משגב).

אנא העבירו הנחייה זו לידיעת יו"ר הוועדות, מהנדסי הוועדות והאחראים על מחלקות הפיקוח.

בברכה,



חובב ארצי

מנהל המחלקה לאכיפת דיני מקרקעין

העתק: היועץ המשפטי לממשלה

פרקליט המדינה

המשנה לפרקליט המדינה (עניינים פליליים)